

A. I. Nº - 269094.0017/02-9
AUTUADO - PETYAN INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTES - ANTÔNIO CEZAR ANDRADE BARBOSA e EMILIO ALVES DE SOUZA FILHO
ORIGEM - INFAC JEQUIÉ
INTERNET - 08.07.04

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0242-02/04

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal. Corrigidos os equívocos mediante diligência fiscal, o débito apurado ficou reduzido. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO. Infração comprovada. Alterado o imposto exigido mediante revisão fiscal. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. OPERAÇÃO COM ALÍQUOTA REDUZIDA DESTINADA A CONTRIBUINTE NÃO HABILITADO PARA O BENEFÍCIO. Acusação fiscal comprovada. 4. LIVROS FISCAIS. ESCRITURAÇÃO IRREGULAR. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória resultando na aplicação de multa. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de nova diligência fiscal e perícia técnica. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/06/2002, refere-se a exigência de R\$2.984.584,79 de imposto, mais multa, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto relativo à operações de saídas de mercadorias tributáveis apurada sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento na escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, exercícios de 1997 a 2001.
2. Deixou de proceder retenção do ICMS e o consequente recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, exercício de 2001.
3. Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Trata-se de operações de venda com alíquota reduzida destinadas a contribuintes não habilitados ao benefício.
4. Escrituração de livros fiscais em desacordo com as normas regulamentares, sendo aplicada a multa de R\$120,00. Não controlou os produtos secundários utilizados no processo produtivo, deixando também de fazer o controle relativo à fabricação de biscoitos, as matérias primas remetidas para cada um dos tipos produzidos, limitando-se a registrar apenas a farinha de trigo consumida globalmente e o gritz de milho consumido na fabricação de salgadinhos.

O autuado apresentou tempestivamente impugnação às fls. 2120 a 2158 dos autos, na qual se insurge contra o Auto de Infração, alegando inicialmente que foram apreendidos caminhões da empresa, e imediatamente liberados por estarem com mercadorias acompanhadas de documentos fiscais regulares (doc. 01); que os prepostos do Fisco realizaram visitas a quase todos os clientes da empresa e nada de irregular foi constatado (docs. 02 e 03, fls. 2110 a 2117 do PAF); igualmente, os moinhos fornecedores de farinha de trigo foram visitados pelos Agentes Fiscais, ficando comprovado que todas as aquisições realizadas foram devidamente escrituradas (docs. 04 a 08, fls. 2164 a 2168 dos autos). Destacou que foram solicitados diversos documentos fiscais, os quais foram entregues, sendo desconsideradas as Fichas de Controle de Produção e Estoque (docs 63 a 947, fls. 2223 a 3105 dos autos), com informações referentes às matérias primas, materiais auxiliares e embalagens adquiridas, estocadas e consumidas, o que entende que constitui cerceamento do direito de defesa.

O autuado alegou nulidade do procedimento, considerando que houve arbitramento tomando por base de cálculo a quantidade de embalagens consumidas, e por isso, entende que o levantamento fiscal foi realizado sem utilizar os parâmetros previstos no RICMS-BA, mas outros de natureza aleatória e insegura, tomando ainda de empréstimo, um índice de perdas fornecido por terceiro, fls. 68 e 69 do PAF, adotando também métodos complementares. Disse que em relação a este aspecto, o CONSEF já se manifestou. Citou decisões das Câmaras de Julgamento, além de julgamento da 1^a JJF.

O defensor contestou a declaração do IBAMETRO, datada de 25/04/2002, alegando que o documento de fl. 59 dos autos não tem a natureza de laudo técnico, considerando que é destituído de um prévio, rigoroso e científico método. Disse que não se poderia esperar outra coisa, que não fosse uma grande distorção, haja vista que cada embalagem varia de lote para lote, assertiva que se confirma em relação à declaração referente a embalagens de 400 gramas para biscoito doce que acusa a média de peso em 5,5 gramas por unidade, enquanto o documento (doc 09, fl. 2169 dos autos) emitido pelo IBAMETRO da região de Paratinga – Bahia, em 13/05/2002, dezoito dias após, aponta o peso médio de 6,4 gramas. Destacou diversas decisões de Conselhos de Contribuintes, do STJ e TRF, para comprovar a sua afirmação de que existe nulidade ou improcedência do lançamento, considerando ilegal o arbitramento com base em embalagens.

Quanto aos dados constantes dos demonstrativos elaborados pelos autuantes, o defensor alegou que foram encontrados os seguintes equívocos:

- Exercício de 1997 – no demonstrativo de embalagens (A) constou como sendo 5.977 quilos o estoque inicial de embalagens de 500 gramas de biscoito doce, quando o real é de 5.301 quilos.
- Exercício de 1998 – as entradas de embalagens de 2 quilos para biscoitos de coco e 2 quilos para biscoitos doce constante do demonstrativo de embalagem (A), foram acrescidas indevidamente 18.143 unidades correspondentes à NF 2012, de 08/12/1997, lançada no demonstrativo de 1997 e repetida em 1998 (docs. 10 a 12, fls. 2170 a 2172 dos autos).
- Exercício de 1999 – o estoque final de embalagens doce 500 gramas é de 2.994,99 quilos e não 2.294,99, consignado no demonstrativo de embalagem (A).
- Exercício de 2000 – a quantidade de saídas de biscoito de coco de 1 Kg foi de 1.890.824 quilos e não 1.877.424 quilos, conforme consta no demonstrativo (D). Foram relacionadas pelos autuantes todas as notas fiscais bonificadas de saídas de biscoito (docs. 13 a 24, fls. 2173 a 2184 dos autos), além de incorrerem em erro no transporte do valor apurado de biscoito de 01 quilo, isto é, foram apurados 1.887.424 quilos e transportados para a ficha resumo 1.877.424 quilos (docs 25 e 26, fls. 2185 e 2186 dos autos).

A quantidade de saídas de resíduos neste exercício foi de 17.762 quilos e não, 16.020 como consta no demonstrativo (D), e os autuantes deixaram de computar várias notas fiscais de saídas, no montante de 1.742 quilos (docs 27 a 36, fls. 2187 a 2196 dos autos).

- Exercício de 2001 – os autuantes modificaram a fórmula de apuração do imposto passando a usar o parâmetro de gordura. Mas, os erros anteriores se repetiram na mesma ordem.

Disse que a entrada de gordura neste exercício foi de 312.260 quilos e não de 367.940 quilos como consta no Demonstrativo (A), sendo que a diferença de 55.680 quilos refere-se às NFs 27863 e 27864 (documentos 37 a 39, fls. 2197 a 2199 dos autos), de devolução de gordura, não computadas pelos autuantes.

O defendente ressaltou que embora os autuantes tenham informado que o Controle de Produção e Estoque estava em desacordo com as normas regulamentares, o mencionado controle foi utilizado parcialmente para efetuar o levantamento de produção de biscoito, e nesta linha, se fosse observada a Ficha de Controle de Gordura, teria constatado as devoluções consignadas nas fichas.

O autuado argumentou que a diferença apurada no Auto de Infração corresponde a uma aquisição equivalente a 230.505 sacos de farinha de trigo ou 886 caminhões transitando sem qualquer documento fiscal, e faz indagações, afirmando que as reiteradas e exaustivas investigações ocorreram no curso da ação fiscal, sendo ratificadas todas as operações realizadas pela empresa, que foram regulares e acobertadas por documentação fiscal idônea. Por isso entende o autuado que nada deve ao Fisco Estadual. Fez projeções em relação aos valores exigidos.

Quanto ao segundo item do Auto de Infração, foi alegado que a retenção do imposto somente deveria ocorrer se as operações classificadas como sendo omissão de saídas tivessem efetivamente acontecido, fato que é negado pelo autuado e por isso, a defesa deste item encontra-se inserida na primeira parte da impugnação apresentada, pedindo também a sua nulidade ou improcedência.

Referente ao terceiro item, foi alegado que na condição de fabricante e comerciante de biscoitos e salgados, é natural que o autuado realize operações de venda de mercadorias a outros contribuintes estabelecidos em outros municípios, e essas mercadorias se fazem acompanhar da documentação respectiva, sendo conferidas por postos fiscais onde transitam os caminhões transportadores, e por isso entende que os postos conferem e referendam a regularidade da documentação. Disse que, nem na hipótese de o contribuinte destinatário ser classificado como microempresa, a gozar de benefício, nem na hipótese de o contribuinte normal, o procedimento do autuado quanto à documentação fiscal de venda importou lesão ao erário estadual, ressaltando que não pode o contribuinte ser penalizado por eventuais irregularidades cadastrais junto à SEFAZ atribuíveis a outros contribuintes com os quais venha operar. Entende que ao constatar contribuintes com inscrição cancelada ou irregular deve ser lavrado o Auto de Infração contra o mesmo, nomeando o remetente como fiel depositário (docs. 58 a 62, fls. 2218 a 2222 dos autos), considerando que, autuando-se o remetente o Fisco estaria beneficiando o infrator. Disse que nos exercícios de 1997 e 1998 todas as vendas para microempresas estavam sujeitas ao regime da substituição tributária e o imposto foi retido e recolhido nos prazos regulamentares, fato desprezado pelo Fisco.

O defendente alegou que os demonstrativos elaborados pelos autuantes contendo relação dos clientes não habilitados à redução da alíquota do ICMS, não refletem a situação cadastral dos mesmos à época das respectivas operações, e por isso, entende que há necessidade de revisão do lançamento, citando alguns exemplos, às fls. 2154 a 2156 dos autos.

Quanto à infração 04, foi alegado que em momento algum cometeu irregularidades na escrituração de seus livros fiscais, e se irregularidade houvesse, entende que não seria caso de se aplicar senão uma penalidade fixa.

Por fim, solicitou que, se for superada a preliminar de nulidade, seja realizada revisão do lançamento por fiscal estranho ao feito, que sejam acolhidas as razões de defesa, para declarar nulo ou improcedente o Auto de Infração.

Os autuantes apresentaram informação fiscal, fls. 4860 a 4888 dos autos, contestando cada item das razões de defesa, ressaltando que:

- as notas fiscais efetivamente emitidas pelo autuado não são garantia de que não se possam utilizar meios escusos, a exemplo de faturar mercadorias para outras empresas e desviar a carga no trajeto; utilização de notas fiscais frias e de outros fornecedores não visitados;
- pelos documentos acostados aos autos, fls. 2109 a 2118 do PAF, ao contrário do que afirmou o defendant, a simples análise de tais documentos evidencia flagrantes de irregularidades.
- apesar de inúmeras intimações, o autuado não apresentou ao fisco as Fichas de Produção e Estoque, relativas à utilização dos insumos empregados no processo produtivo, limitando-se a exibir as Fichas de Controle da Produção e do Estoque relativas às matérias primas, o que motivou a multa do item 04 do Auto de Infração, por falta de registros e escrituração irregular das Fichas. Citaram o art. 325 do RICMS/97. Ressaltaram que o contribuinte controla para efeito gerencial o consumo de matérias primas e materiais secundários por cada tipo de biscoito produzido, sendo irregular a atitude do autuado de omitir informações ao Fisco.
- Citaram o art. 936 do RICMS/97, argumentando que os levantamentos efetuados encontram respaldo regulamentar, e os demonstrativos com base no consumo de embalagens porque as embalagens discriminam por tipo de mercadoria produzida e por consumo de gordura vegetal foi realizado porque toma por base a mensuração de consumo de insumos realizado na empresa.
- quanto aos dados fornecidos por terceiros, informaram que o autuado foi intimado a indicar os valores das perdas de embalagem no seu processo de acondicionamento de biscoitos, e não foram fornecidos os dados solicitados, conforme se infere na declaração prestada, à fl. 66 do PAF. Apresentaram esclarecimentos acerca dos procedimentos fiscais adotados.
- Destacaram que os equívocos levantados demonstram que o autuado analisou o levantamento fiscal realizado, e não consegue elidir “*in totum*”, haja vista que informaram que acatam as incorreções apontadas e por isso, anexaram aos autos os demonstrativos com as devidas retificações, ficando evidenciada a ocorrência de operações de saídas de biscoitos sem emissão das correspondentes notas fiscais, apuradas a partir do consumo de Gordura Vegetal.
- Quanto ao item 02 do Auto de Infração, esclareceram que após a correção dos equívocos, remanesceu a omissão de saídas do item 01, e consequentemente, os valores apurados na infração 02, conforme novos demonstrativos acostados aos autos.
- Em relação ao item 03, informaram que de acordo com a legislação, cabe ao fornecedor o controle da regularidade cadastral de seus clientes, microempresas e demais contribuintes beneficiados pela redução da alíquota prevista no art. 51, inciso I do RICMS/97, ficando evidente o prejuízo causado ao erário estadual. Assim, nas vendas realizadas para empresa com inscrições baixadas, canceladas, em processo de baixa, inexistentes, anuladas e não inscritas, caberia ao autuado realizar a antecipação do ICMS com alíquota de 17%, e os demonstrativos refletem a situação cadastral dos clientes do autuado à época da concretização das operações de vendas, fatos que se comprovam com o confronto entre as informações contidas nos demonstrativos (B), 01 a 05, fls. 1713 a 1717 do PAF, com os respectivos hard copies, fls. 1718 a 2085 dos autos. São 285 contribuintes contemplados irregularmente pelo autuado com a redução da alíquota do ICMS de 17% para 7%. Analisaram à fl. 4883, a situação referente aos oito exemplos listados pelo autuado.

- Quanto à infração 04, informaram que o contribuinte não apresentou ao longo dos trabalhos de auditoria as fichas ora apensadas em sua defesa, só tendo apresentado naquela oportunidade as fichas relativas às matérias primas farinha de trigo e gritz de milho e as referentes à produção de biscoitos e salgadinhos, e não tem cabimento o autuado exibir documentos intempestivamente e alegar a sua entrega integral e ainda exigir que esses documentos devessem subsidiar o trabalho de auditoria realizado.

Por fim, os autuantes informaram que em decorrência das correções efetuadas, o valor total do Auto de Infração ficou reduzido para R\$2.387.663,49, e por isso, deve ser julgado procedente em parte.

O autuado foi intimado a tomar conhecimento da informação fiscal e se pronunciar acerca dos novos elementos anexados aos autos, sendo apresentada a petição, fls. 4939 a 4964, informando que ratifica os termos iniciais da defesa apresentada. Contestou a informação dos autuantes de que o autuado deixou de apresentar livros e fichas de controle, ressaltando que a utilização do material de embalagem como parâmetro para o levantamento fiscal tem natureza superficial e se torna insubstancial, não prestando para caracterizar qualquer tipo de infração. Apresentou demonstrativo de produção com base no consumo de farinha de trigo, asseverando que em relação ao consumo de gordura empregado na produção, os valores finais de produção não geram distorções com os valores obtidos através dos demais insumos, e por isso, elaborou à fl. 4950 demonstrativos com base no consumo de gordura e à fl. 4951, planilha com base no consumo de energia elétrica. Outra consideração apresentada é quanto à utilização de índice inapropriado de consumo de gordura, por entender que os autuantes cometem a mesma falha de não observarem as fichas de controle de produção e estoque, e que o índice utilizado diverge do paradigma que adotou como empresa padrão na produção de biscoitos. O defendente em sua quarta consideração ressaltou que não existem diferenças de estoque a serem apuradas contra o autuado, considerando que os levantamentos fiscais são decorrentes de aplicação de índices divergentes dos praticados pelo contribuinte, bem como pela desqualificação imprópria das fichas de registro de controle da produção e do estoque.

Em sua quinta consideração, com relação à infração 03, o autuado contestou a informação fiscal, alegando cerceamento do direito de defesa sob o argumento de que os autuantes deixaram de discriminá-lo analiticamente todo o histórico cadastral de cada empresa indicada, não permitindo que a infração tivesse a devida clareza, e que a Secretaria da Fazenda jamais publicou no DOE edital de desenquadramento de contribuinte da condição de microempresa.

O defendente solicitou a realização de revisão fiscal para averiguação da verdade material quanto ao próprio objeto do processo, apresentou quesitação a ser respondida pelo fiscal revisor, requerendo o direito de indicar um assistente técnico para dar apoio aos trabalhos de revisão a serem realizados.

Considerando as divergências constatadas entre os elementos apresentados pela defesa e os dados constantes do levantamento fiscal, esta JJF, mediante pauta suplementar de 28/01/2003, converteu o presente processo em diligência à ASTEC/CONSEF para ser efetuada revisão por fiscal estranho ao feito, se necessário, fazer as correções elaborando novos demonstrativos, e em atendimento ao solicitado, foi realizada a revisão, conforme PARECER ASTEC Nº 0065/03, fls. 4983 a 4987 dos autos.

Intimado a tomar conhecimento do PARECER ASTEC, o autuado apresentou novas razões de defesa, fls. 4994 a 5012, alegando que em relação ao pedido de diligência encaminhado à ASTEC, o defendente entende que lhe restou prejudicado o seu pedido especial de perícia técnica, formulado na forma do art. 145 do RPAF, devido à objetividade dos questionamentos formulados nas razões de defesa em consonância ao princípio da verdade material. Por isso, renovou o pedido de Perícia Técnica para melhor esclarecer a respeito dos demonstrativos apresentados na peça defensiva.

Quanto ao PARECER ASTEC 065/03, o defendant alegou que a revisão fiscal não se aperfeiçoou ao todo porque a quesitação formulada nas razões defensivas não foi aproveitada, a revisora deixou de elaborar novos demonstrativos baseados em índices de utilização e perdas obtidos junto aos controles do contribuinte, devido à equivocada desqualificação das Fichas de Controle de Produção e do Estoque, entendendo o autuado que se houvesse alguma irregularidade nas mencionadas fichas caberia somente uma penalidade, com multa formal. Solicitou a realização de diligência complementar para que sejam respondidos os quesitos formulados pelo autuado em seu pedido de perícia fiscal, bem como a resposta em definitivo a quesitos formulados pelo relator. Que seja realizado pela ASTEC novo levantamento com base em insumos básicos e complementares simultaneamente, utilizando os índices contidos na contabilidade de custos e apurados na produção.

Os autuantes apresentaram nova informação fiscal, fls. 5018 a 5025, fazendo comentários sobre as considerações técnicas expostas pelo autuado a respeito do PARECER ASTEC 0065/03. Disseram que, de um modo geral, o defendant repete os argumentos já apresentados na defesa inicial, e tais considerações já foram refutadas na primeira informação fiscal, corroborada no PARECER ASTEC. Afirmaram que a defesa, em nenhum momento elide os números apurados no levantamento fiscal, os dados exibidos pelo contribuinte em sua peça acusatória baseiam-se em demonstrativos elaborados ulteriores à lavratura do Auto de Infração. Quanto à utilização do consumo de embalagens no processo produtivo, disseram que é instrumento plenamente confiável, e o autuado não conseguiu contrapor os valores apontados nos demonstrativos, com as devidas retificações. Fizeram as considerações a seguir, relativamente ao pronunciamento do autuado após a diligência fiscal:

- quanto à desqualificação das Fichas de Registro de Controle de Produção e Estoque, esclareceram que houve sucessivas intimações para apresentação de índices de consumo e produção, sendo reiteradas as negativas por parte do autuado sob as mais insólitas alegações. Entendem que à fiscalização cabe a iniciativa sobre qual procedimento dentro do leque de opções disponíveis e aplicáveis, qual o melhor ao desenvolvimento do trabalho;
- a utilização do material de embalagem como parâmetro único para fins de levantamento fiscal foi ratificado na diligência realizada por preposto da ASTEC e o autuado tenta descharacterizar o levantamento fiscal valendo-se da simples negativa do cometimento da infração. Quanto às perdas, afirmaram que a diferença constatada entre as saídas reais e as saídas com documentação fiscal é de tal magnitude que a discussão sobre o critério adotado para determinação das perdas adquire pouca relevância. Comentaram sobre as alegações defensivas quanto a essa questão, concluindo que se fossem acatadas, apesar da inadmissibilidade, as considerações da defesa reduziriam irrisoriamente o montante cobrado;
- em relação ao índice de consumo de gordura para fins do levantamento fiscal, ressaltaram que a apuração referente ao exercício de 2001 foi retificada não em função de mudança de critérios, como quer fazer crer a defesa, mas sim, ao considerar as notas fiscais de devolução de gordura vegetal, não apresentadas à época da autuação, e o resultado remanescente foi obtido a partir de documentos coletados junto ao autuado;
- quanto ao destaque a menos do ICMS, disseram que é indiscutível o fato de empresas com inscrição normal, cancelada ou baixada não terem direito ao benefício da alíquota de 7% na aquisição de produtos de indústria dentro do Estado, e o autuado insiste na direção contrária à legislação em vigor;
- comentaram sobre os Laudos Técnicos acostados aos autos pelo defendant, informando que embora seja inegável o valor informativo dos citados documentos, não se prestam para o deslinde da lide, ressaltando que a deficiência não reside nos laudos, mas sim, no que o

- autuado indagou, e se quisesse efetivamente esclarecer a questão teria apresentado suas receitas e a partir delas, a opinião taxativa sobre os índices de consumo de ingredientes;
- concluem que as omissões de saídas apuradas nos períodos fiscalizados estão dentro da capacidade de produção dos equipamentos da empresa. Opinam pela procedência parcial do Auto de Infração com as retificações realizadas na informação fiscal anterior.

VOTO

O primeiro item do Auto de Infração refere-se ao levantamento quantitativo de estoques, exercícios de 1997 a 2001, sendo constatadas operações de saídas de mercadorias tributáveis sem emissão de documentos fiscais, conforme demonstrativos elaborados pelos autuantes.

O levantamento quantitativo de estoques tem como objetivo conferir as entradas e saídas de mercadorias em confronto com o inventário registrado no livro próprio, em um determinado exercício, e como consequência, no presente processo, houve a constatação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis.

Observo que na apuração realizada por meio de levantamento fiscal, podem ser considerados diversos elementos ou dados relacionados com as atividades do contribuinte, e por isso, poderá ser realizado procedimento relativo à verificação física das matérias primas e dos materiais utilizados e em estoque, confrontando-se com as notas fiscais que acobertam as entradas no estabelecimento, podendo também ser realizada a verificação dos fins a que se destinam os materiais adquiridos.

No caso em exame, os autuantes utilizaram como base para a realização do levantamento, o consumo de embalagens, e o consumo de gordura vegetal, estando o levantamento fiscal embasado em notas fiscais de aquisição, na produção de biscoito e no movimento do estoque conforme livro Registro de Inventário, cuja escrituração é de responsabilidade do autuado. Assim, entendo que inexistem os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99 para se decretar a nulidade do Auto de Infração, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade apresentadas nas razões de defesa do autuado.

Constatou que foi efetuado levantamento referente ao movimento de estoque das embalagens, seu consumo e a determinação da quantidade de embalagens, fazendo-se a conversão de Kg para unidades. Foi apurada a produção de biscoito de acordo com o critério estabelecido em relação às embalagens, e efetuado o confronto entre a quantidade de biscoito fabricado com as saídas realizadas com notas fiscais, resultando na omissão de saídas apuradas nos exercícios de 1997 a 2000.

Procedimento semelhante foi adotado em relação ao consumo de gordura vegetal, relativamente ao exercício de 2001, ressaltando-se que nas duas situações foram consideradas as medições e pesagens realizadas, além dos resíduos e das quebras.

Inconformado com a exigência fiscal o autuado apresentou recurso questionando diversos pontos do levantamento quantitativo, o que resultou no encaminhamento de diligência fiscal decidida por esta JJF, com o objetivo de apurar as divergências, considerando as questões levantadas pelo defensor, fls. 2144 a 2146 do PAF, e a revisão efetuada pelos autuantes quando prestaram a informação fiscal, não acatada pelo contribuinte.

Em atendimento ao solicitado foi realizada revisão fiscal, conforme PARECER ASTEC Nº 0065/03 fls. 4983 a 4987 dos autos, apresentando os seguintes esclarecimentos quanto às questões suscitadas no encaminhamento da diligência fiscal:

- foi constatado que todas as notas fiscais de entradas e saídas de mercadorias questionadas pelo autuado foram acatadas pelos autuantes na informação fiscal às fls. 4860 a 4925, e não houve correções na revisão fiscal, inclusive quanto aos estoques iniciais e finais, conforme explicações do preposto da ASTEC/CONSEF, às fls. 4893 e 4894 dos autos;

- quanto às questões levantadas pelo autuado nas razões de defesa, foi constatado na diligência fiscal que os autuantes atenderam a todos os itens na revisão por eles efetuada;
- da análise efetuada nos demonstrativos elaborados pelos autuantes, o preposto da ASTEC confirmou que nos exercícios de 1997 a 2000 o levantamento baseou-se no consumo de embalagens, e em 2001 pelo consumo de gordura vegetal. Foi informado que as quantidades correspondentes às embalagens e gordura vegetal utilizadas pelos autuantes em seus demonstrativos foram extraídas das notas fiscais de entradas e de saídas, além do livro Registro de Inventário, ressaltando que as fichas de Controle de Estoque não estão escrituradas de acordo com os arts. 364/365 do RICMS-BA;
- em relação aos percentuais de perdas e resíduos, foi informado que em decorrência da falta de escrituração das Fichas de Controle do Estoque em conformidade com os requisitos legais, nos exercícios de 1997 a 2000 os autuantes utilizaram o percentual observado em empresa similar, conforme declaração à fl. 69 dos autos. Quanto ao exercício de 2001, utilizou índice apurado através de contagens físicas e medição da produção realizada juntamente com o preposto da empresa;
- não houve necessidade de refazer os cálculos e elaborar novos demonstrativos, considerando que foram contempladas todas as alegações relativas às notas fiscais de entradas e saídas e quanto aos estoques inicial e final, de acordo com os demonstrativos que acompanham a informação fiscal prestada pelos autuantes.

Entendo que estão esclarecidos os questionamentos apresentados no presente processo, de acordo com a revisão efetuada por preposto da ASTEC/CONSEF, as infrações apuradas estão devidamente caracterizadas, e em relação ao imposto devido, foram refeitos os cálculos pelos autuantes, cujo resultado não foi alterado na revisão da ASTEC, sendo desnecessária a realização de nova revisão fiscal ou perícia técnica, ficando assim, indeferido o pedido formulado pelo autuado neste sentido.

Considerando que foi apurada saída de mercadorias sem documentação fiscal, observo que a diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte sem emissão da documentação fiscal exigível (conforme art. 4º, da Portaria 445/98).

Assim, entendo que a acusação fiscal é subsistente em parte, e a irregularidade apontada encontra-se devidamente comprovada nos autos, acatando-se as alterações efetuadas de acordo com o demonstrativo de fl. 4984 da revisão fiscal, que apresenta o mesmo resultado encontrado pelos autuantes à fl. 4889 dos autos.

A segunda infração está relacionada à primeira, que foi alterada após a revisão efetuada, ficando consequentemente modificada a exigência fiscal, e da mesma forma, considero que subsiste em parte, sendo devido o imposto apurado nos demonstrativos de fls. 4889 e 4984 do PAF, ressaltando-se que embora o autuado tenha contestado as conclusões do revisor, não foi acostado aos autos pelo defensor qualquer elemento novo para contrapor a diligência fiscal. Assim, considero parcialmente procedente a exigência do imposto neste item do Auto de Infração, acatando as conclusões apresentadas na revisão fiscal.

A terceira infração trata de recolhimento do ICMS efetuado a menos, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, correspondente às operações de venda com alíquota reduzida destinadas a contribuintes não habilitados ao benefício.

De acordo com as informações prestadas pelos autuantes, as comprovações anexadas aos autos refletem a situação cadastral dos clientes do autuado à época da concretização das operações de vendas, fatos que se comprovam com o confronto entre as informações contidas nos

demonstrativos de fls. 1713 a 1717 do PAF, com os respectivos “hard copies”, ressaltando que nos casos de clientes do autuado em situação irregular no cadastro da SEFAZ, nas vendas realizadas para empresas com inscrições baixadas, canceladas, em processo de baixa, inexistentes, anuladas e não inscritas, caberia ao autuado realizar a antecipação do ICMS com alíquota de 17%.

Observo que o tratamento previsto na legislação para os contribuintes com inscrição irregular é o mesmo que se atribui a contribuinte sem inscrição, ou a mercadoria sem destinatário certo, por isso, é devido o imposto por antecipação, e os demonstrativos elaborados pelos autuantes se referem à situação cadastral dos clientes do autuado à época da concretização das operações de vendas, não sendo possível realizar operações com alíquota reduzida, relativamente a contribuintes não habilitados ao benefício. Assim, é procedente a exigência do imposto.

O quarto item do Auto de Infração, se refere à multa aplicada em decorrência da escrituração de livros fiscais em desacordo com as normas regulamentares, conforme relatado pelos autuantes na descrição dos fatos e informação fiscal.

De acordo com a diligência fiscal realizada por preposto da ASTEC, ficou apurado que as Fichas de Controle da Produção e do Estoque não estão escrituradas de acordo com os requisitos regulamentares, previstos nos arts. 364/365 do RICMS/97, embora os demais livros estejam regularmente escriturados.

Assim, pela diligência fiscal realizada através de preposto da ASTEC ficou confirmado o cometimento da irregularidade apontada no Auto de Infração, por isso, é devida a multa aplicada.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, considerando que os cálculos foram refeitos, conforme já comentado neste voto, ficando alterado o total do débito para R\$2.387.663,49, em decorrência das modificações realizadas, de acordo com o demonstrativo à fl. 4889 dos autos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269094.0017/02-9, lavrado contra **PETYAN INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$2.387.543,49**, sendo R\$1.943.280,23, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70% sobre R\$1.743.780,74, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96; 60% sobre R\$199.499,49, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e mais R\$444.263,26, acrescido das multas de 70% sobre R\$405.652,81, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96; 60% sobre R\$38.610,45, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “a” e “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$120,00**, prevista no art. 42, inciso XVIII, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96.

Recorre-se de ofício para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de julho de 2004.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR